

O TRATADO DE ROMA E O SISTEMA DA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL: OS PRINCÍPIOS

Margarida de Oliveira Cantarelli

Desembargadora Federal

Diretora da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região

Sumário: I- Introdução; II – O Tratado de Roma, uma tentativa de erigir um sistema de justiça criminal internacional; III – Os Princípios; IV – O Princípio non bis in idem; V – O Princípio da Legalidade; VI – A responsabilidade penal individual: elementos objetivos (actus reus); VII – A responsabilidade penal individual: elementos subjetivos (mens rea); VIII – Conclusão; IX – Referências bibliográficas.

1 - INTRODUÇÃO

O Tribunal Penal Internacional, criado pelo Tratado de Roma, representa a concretização de anseio da sociedade internacional ante a constatação de permanentes conflitos armados, espalhados pelas mais diversas partes do mundo, deixando milhares de vítimas, não só dentre os combatentes, mas, sobretudo, na indefesa população civil. As gravíssimas violações aos direitos humanos exigiam uma justiça penal internacional que tivesse competência para processar e punir os autores de tais delitos, estabelecida de forma permanente, cuja jurisdição permitisse uma atuação mais ampla do que as experiências anteriores recentes.

Kofi A. Annan, então Secretário Geral das Nações Unidas, no prefácio do livro organizado por Roy Lee, no primeiro aniversário da assinatura do Tratado de Roma, portanto no final do século XX, afirmou: “Este século dos horrores das guerras, que ocorreram com tanta frequência e em tantos lugares, leva

facilmente a se acreditar que a capacidade humana para o mau não conhece limites”.¹

As experiências da justiça penal internacional ao longo do século passado – Nuremberg², Tóquio³, Iugoslávia⁴ e Ruanda⁵, com os seus reconhecidos erros e acertos, representam, sem dúvida, um avanço contra a impunidade que a história dos pós-guerras sempre mostrou à humanidade. É preciso entender que o estabelecimento de uma justiça penal internacional não é apenas uma luta pela justiça em si, pelos direitos humanos, mas, também, um importante passo na reconstrução da paz.

As questões formuladas por Roy Lee, na introdução da obra antes citada, leva a uma reflexão: “Por que a Assembléia Geral levou cinquenta anos para quebrar o impasse de criar uma corte criminal? Por que o estabelecimento de uma corte foi mais difícil do que a adoção de dois instrumentos-marco: a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção sobre Genocídio?”⁶

O próprio autor responde encontrando causas tanto políticas como jurídicas e, embora tente examiná-las separadamente, percebe-se que estão fortemente imbricadas. As primeiras estão associadas à soberania nacional, pois, na maioria dos sistemas legais existentes, as Cortes Nacionais têm jurisdição sobre os crimes cometidos dentro do seu território⁷ e os Estados dela não querem

¹ O livro “The Internacional Criminal Court – The Making of the Rome Statute – Issues . Negotiations . Results”, foi organizado por Roy Lee e publicado por Kluwer Law Internacional, 1999, tendo prefácio de Kofi A Annan, então Secretário Geral das Nações Unidas – p. ix.

² O Tribunal Militar Internacional para a Europa ficou conhecido como Tribunal de Nuremberg, nome da cidade onde ficou sediado, foi criado pelo Acordo de Londres, em 8 de agosto de 1945, instalado em 20 de novembro do mesmo ano, concluiu seus trabalhos em 1º de outubro de 1946.

³ O Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente ficou conhecido como Tribunal de Tóquio, cidade onde ficou sediado. Foi criado por Ordens Gerais do Comandante Supremo das Forças Aliadas no Extremo Oriente, em 29 de janeiro de 1946 e emendado por Ordens da mesma autoridade, em 26 de abril de 1946.

⁴ O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia – ICTY – Tribunal *ad hoc*, criado pela resolução n. 827, do Conselho de Segurança da ONU, em 25 de maio de 1993 e ainda em funcionamento.

⁵ O Tribunal Penal Internacional para Ruanda – ICTR – Tribunal *ad hoc*, criado pela resolução n.935, do Conselho de Segurança da ONU, em 1º de julho de 1994 e ainda em funcionamento.

⁶ Lee, Roy , op. cit p.5

⁷ Lee, Roy , “punishment must be in accordance with their national laws and before their own courts, and the criminals must serve their sentences in the jails of the country concerned. National jurisdiction prevails in all these situations”, p.5

abrir mão⁸, admitindo, com mais facilidade, o exercício da competência internacional sobre aquelas áreas que estão para além da jurisdição nacional, como, por exemplo, a Sea-Bed Area.

A segunda razão, de ordem jurídica, está na condição dos acusados, ou seja, a responsabilidade criminal individual por crimes graves praticados por pessoas que, direta ou indiretamente, estão envolvidas em decidir ou executar ações de natureza militar ou para-militar. Por tal razão, vários órgãos dos Governos (defesa, justiça e mesmo o executivo) têm particular interesse e, dependendo do momento político interno ou internacional, as visões dos fatos são completamente diferentes, o que torna a matéria complexa e sensível.

A solução encontrada foi o estabelecimento da complementaridade ou subsidiaridade⁹ da jurisdição do Tribunal. Mas, se com isto foi resolvido um dos importantes impasses para a sua criação, muitos outros permaneceram ou receberam solução provisória (art.124), apesar de ter sido aprovado por expressiva votação de 120 votos a favor, apenas 7 contrários e 21 abstenções e atualmente contar com 104 Estados-partes.¹⁰

II – O TRATADO DE ROMA, UMA TENTATIVA DE ERIGIR UM SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL INTERNACIONAL

É de se reconhecer, como bem analisou Kai Ambos, que “o Estatuto de Roma não é dogmaticamente um modelo internacional de código de direito e processo penal. E não poderia ser. Mas é uma tentativa de erigir um sistema de justiça criminal a partir da junção de mais de cento e cinquenta países num documento que fosse mais ou menos aceitável para cada delegação presente em Roma. Esta consideração é aplicável a todo Estatuto mas, em particular, à parte 3, a qual é intitulada ‘Princípios Gerais’”.¹¹

⁸ Dentre os pontos identificadores da soberania interna está o direito de jurisdição que consiste no poder dos Estados soberanos de administrar a justiça, inclusive implica na sua própria organização judiciária.

⁹ No preâmbulo do Estatuto de Roma, X, está: “Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais” e no art.1º ... O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais”, além do disposto no art.17.I, “a” (primeira parte) “c”, parágrafo 3º do art.20.

¹⁰ Conforme informação colhida <http://www.icc-cpi.int/statesparties.html>

¹¹ Ambos, Kai. Os Princípios Gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma, in Tribunal Penal Internacional. Fauzi Hassan Choukr/ Kai Ambos (org.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.26.

Roy Lee observa, com muita propriedade, que mais da metade das regras do Estatuto de Roma estão voltadas para a criação de um sistema de justiça penal internacional¹². Esse sistema compreende, para ele, um conjunto de onze princípios gerais de direito penal, associados a normas essenciais e processuais que conduzem a função judicial da Corte.

As normas cobrem todos os elementos essenciais, da composição e administração da Corte; da investigação, do procedimento e julgamento dos crimes; das sanções, apelação e revisão; da cooperação e assistência judicial à execução das sentenças. Tais regras destinam-se a manter um sistema judicial eficiente, efetivo que, ao mesmo tempo, garantisse proteção aos inocentes de vexames decorrentes de investigações e processos motivados por razões políticas.

As normas do Estatuto são sucintas, mas suficientes para o funcionamento da Corte. Contudo foram complementadas com as regras de procedimentos e provas, e sobre elementos dos crimes, elaboradas por Comissão especialmente designada pelas Nações Unidas.

O Tratado de Roma procurou conjugar normas extraídas das diferentes tradições legais e dos mais destacados sistemas jurídicos em matéria criminal. Pode-se afirmar que constitui o primeiro e verdadeiro empenho no sentido de criar um sistema de justiça criminal internacional codificado em forma de tratado¹³.

III – OS PRINCÍPIOS

Como dito anteriormente, Lee identifica a adoção pelo Estatuto de onze princípios gerais do direito criminal que esboçam os limites externos da competência da Corte e abrigam princípios outros, dentre tantos, vale mencionar: o do *non bis in idem* e o *nullum crimen sine lege*; o da idade mínima e o da responsabilidade individual criminal; o da responsabilidade de comando (Chefes de Estado e de Governo, etc.) e o relativo ao cumprimento de ordens de superiores; o da não retroatividade e não aplicabilidade das limitações estatutárias.

¹² Lee, Roy, p.31

¹³ “Many principles, provisions and procedural rules appear for the first time in an international treaty. These agreed-upon fundamental criminal laws and procedures constitute therefore the first true international criminal justice system in codified treaty form”. Roy Lee, p.32

rias; o da *nulla poena sine lege*, ao do campo da exclusão da responsabilidade¹⁴. Estão todos presentes no Tratado de Roma.

Enquanto tais princípios podem ser considerados básicos e comuns aos sistemas legais modernos, mesmo assim, conseguir promover a elaboração, a concordância e a extensão dos seus conteúdos foi, sem dúvidas, uma grande conquista.

Convém notar que o Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg foi paupérrimo no reconhecimento de tais princípios, destacando apenas aqueles incriminadores que visavam a reforçar a responsabilidade individual criminal por atos antes considerados como crimes de Estado, como o da responsabilidade de comando (artigo 7º)¹⁵ e o relativo ao cumprimento de ordens de superiores (art.8º)¹⁶.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia não é muito mais amplo do que o de Nuremberg, mesmo estabelecido cinquenta anos depois, e, ao tratar da responsabilidade penal individual, inclui os princípios da responsabilidade de comando (art.7º, 2) e o do cumprimento de ordens de superiores, trazendo, como novidade, o da responsabilidade por atos de subordinados (art.7º, 3 e 4)¹⁷. Idêntica redação (do art.7º, 2, 3 e 4) está no Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

A Parte III do Estatuto elenca os princípios gerais do direito penal, embora não os esgote, podendo-se encontrar alguns dos princípios fora dela. Tais

¹⁴ Lee, p.32

¹⁵ Tribunal de Nuremberg - Art. 7º: A situação oficial dos acusados, seja como chefes de Estado, seja como altos funcionários, não será considerada como uma desculpa absolutória nem como motivo de diminuição da pena.

¹⁶ Tribunal de Nuremberg – Art. 8º :O fato de um acusado ter agido em cumprimento de uma ordem dada por um governo ou um superior hierárquico não o isenta de responsabilidade penal, mas poderá ser considerado como um motivo para redução da pena, se o Tribunal assim considerar de acordo com a justiça.

¹⁷ Tribunal para a ex-Iugoslávia – art. 7º ,2: A qualidade oficial de um acusado, quer se trate de um Chefe de Estado ou de Governo ou de um alto funcionário, não o isenta da responsabilidade penal, nem constitui motivo de redução da pena: 3: O fato de qualquer um dos atos referidos nos arts. 2º a 5º do presente Estatuto ter sido cometido por um subordinado não isenta o seu superior de responsabilidade penal quando ele sabia ou tinha motivos para saber que o subordinado se preparava para cometer tal ato ou já o tinha cometido e não adotou as medidas necessárias e razoáveis para impedir que o referido ato fosse cometido ou para punir os seus autores. 4. O fato de um acusado ter agido em cumprimento de uma ordem dada por um governo ou um superior hierárquico não o isenta de responsabilidade penal, mas pode ser considerado como um motivo para redução da pena, se o Tribunal Internacional assim considerar de acordo com a Justiça.

princípios são de grande importância e respondem às críticas formuladas às experiências anteriores de justiça penal internacional, como Tribunal de Nuremberg e Tóquio e mesmo alguns aspectos do Tribunal da ex-Iugoslávia e do de Ruanda.

Com mais clareza e um certo didatismo do que a forma utilizada por Lee, Kai Ambos, ao analisar os princípios, divide-os em três categorias: na primeira delas, apresenta os princípios gerais em sentido estrito: *nullum crimen sine lege* (art.22), *nulla poena sine lege* (art. 23) e irretroatividade *ratione personae* (art. 24,1); inclui algumas previsões da Parte II do Estatuto relativas à Jurisdição (arts.12 e 13); à Admissibilidade (art.17); à Lei Aplicável (art.21) e à regra do *ne bis in idem* (art.20).

No segundo grupo, indica as normas atinentes à responsabilidade individual: responsabilidade penal individual (art. 25), responsabilidade de comandantes e outros superiores (art. 28) e elementos de intencionalidade (art. 30). Essas provisões podem ser subdivididas em elementos objetivos (*actus reus*) e subjetivos (*mens rea*).

Na terceira categoria, inclui as excludentes: exclusão de jurisdição sobre menores de 18 anos (art.26); irrelevância de função oficial (art.27); imprescritibilidade (art.29); circunstâncias que excluem a responsabilidade penal (art.31); erro de fato e de direito (art.32); ordens superiores e prescrições legais (art.33).

Bruce Broomhall, autor da terceira parte da obra “La Corte Penal Internacional”, quando cuida dos princípios gerais, alberga-os em três tipos: Primeiro, a responsabilidade penal: destaca a responsabilidade penal individual (art.25) ressaltando a exclusão das pessoas jurídicas, como os Estados, as empresas e outras instituições; segundo, trata do que chama “outros princípios”: dentre os quais enfatiza o princípio da legalidade; e, terceiro, as defesas: identificando-as como as circunstâncias eximentes da responsabilidade penal, destacando o art.31¹⁸.

Convém destacar, mais especificamente, alguns desses princípios.

IV – O PRINCÍPIO: *NON BIS IN IDEM*:

O princípio do *non bis in idem* aparece na Parte II do Estatuto, que trata da jurisdição, da admissibilidade e do direito aplicável. Está descrito no seu art.

¹⁸ M.Charif Bassiouni, Bruce Broomhall, Pedro Pablo Camargo, La Corte Penal Internacional, Leyer Editorial, 2a Ed, Bogotá, Colômbia, p.116 e seguintes.

20 e tem a extensão similar à dada nos Estatutos do Tribunal da ex-Iugoslávia e no de Ruanda. Vale ressaltar que o princípio sofre limitações,¹⁹ pois, se de um lado impede que alguém venha a ser novamente julgado por crime previsto no seu art. 5º, tanto pelo TPI como por outro tribunal, se anteriormente tiver sido absolvido ou condenado pelo TPI, por outro lado, admite, mesmo como exceção, que alguém julgado por outro tribunal possa ser levado perante o TPI (hipóteses previstas no art.20, 3, a, b)²⁰.

Assim, excepcionalmente, um acusado pode ser levado ao TPI quando for constatado que a jurisdição nacional não agiu de forma independente ou imparcial ou quando tenha sido elidida a sua responsabilidade criminal (art.20, 3, “a” e “b”).

V – O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:

O princípio da legalidade é um dos pontos polêmicos desde o Tribunal de Nuremberg, uma vez consagrado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, em 1789.

“Art. 7º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas[...]

Art. 8º A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

O princípio da legalidade, que importa na não retroatividade da *lex ex post facto*, passou a ser adotado pelos sistemas penais e constitucionais dos

¹⁹ Vide Cantarelli, Margarida – La cosa juzgada (ne bis in idem) y la defensa del acusado en la Corte Penal Internacional. Revista da Escola da Magistratura Federal –ESMARFE 5, n.

²⁰ Art.20 Ne bis in idem: 1. Salvo disposição em contrário do presente Estatuto, ninguém será julgado pelo Tribunal por condutas constitutivas de crimes pelos quais já tenha sido condenado ou absolvido pelo próprio Tribunal; 2. ninguém será julgado por outro Tribunal por um crime previsto no art. 5º, pelo qual já tenha sido condenado ou absolvido pelo Tribunal; 3 Ninguém que já tenha sido julgado por outro tribunal por uma conduta igualmente prevista nos arts. 6º, 7º ou 8º, será julgado pelo Tribunal pena mesma conduta, a menos que os procedimentos no outro tribunal: a) tenham obedecido ao propósito de subtrair o acusado de sua responsabilidade penal por crimes sob a jurisdição do Tribunal; ou b) não tenham sido conduzidos de forma independente ou imparcial, em conformidade com as normas do devido processo reconhecidas pelo direito internacional, mas de tal forma que, nas circunstâncias, era incompatível com a intenção de efetivamente submeter o indivíduo em questão à ação da justiça.

mais diferentes Estados, sob o conhecido enunciado: *nullum crimen sine lege - scripta, praevia, certa e stricta* e está presente nos artigos 22 e 24 do Estatuto.

No inciso 1, do art. 22, está dito que um indivíduo só será penalmente responsável perante o TPI se a sua conduta constituir, no momento da comissão, um crime sob a sua jurisdição – *lex scripta*.

No art. 24, I, reza que ninguém será penalmente responsável por uma conduta anterior à entrada em vigor do Estatuto – *lex praevia*. Mas, assegura o direito à aplicação da norma mais benigna, caso haja sido modificada antes da sentença definitiva – *lex mitior* (art.24, 2).

O inciso 2, do art.22, estabelece que a definição de um crime será interpretada de modo restrito e não de forma extensiva por analogia – *lex stricta*. E complementa, em caso de ambigüidade, a definição será interpretada em favor da pessoa investigada, processada ou condenada – *lex certa*.

Mas, apesar das críticas até hoje feitas ao Tribunal de Nuremberg, em razão do desrespeito ao princípio da legalidade, a interpretação atual de tal princípio vem recebendo uma conotação menos estrita. Lembra Kai Ambos²¹ que o Projeto de Código de 1954 não tocou em tão delicado problema, mas os projetos de 1991 e 1996 adotaram a abordagem de Nuremberg. Inclusive o Relator, Doudou Thiam, deixou claro no seu relatório que “a palavra ‘lei’ (no princípio *nullum crimen sine lege*) deveria ser entendida em seu sentido mais amplo, o qual não inclui apenas a lei convencional, mas, também, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Assim, poder-se-ia afirmar que, do ponto de vista internacional, o princípio da não retroatividade mantém a possibilidade de persecução em ‘diferentes níveis legais’, isto é, além do próprio texto do tratado, também com fundamento em convenções e no direito costumeiro internacional.

Sem embargo, o art.10.2 do Projeto de 1991 e o art. 13.2 do Projeto de 1996 adotaram essencialmente a famosa cláusula de Nuremberg, a qual se encontra no art. 15.2 da Convenção Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos.²²

“Art. 15

1. Ninguém será condenado por atos ou omissões que não constituam um ato delituoso, segundo o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos [...]

²¹ Kai Ambos, p.28

²² Kai Ambos. Op. cit. p. 30

2. Nada no presente artigo se opõe ao julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por motivo de atos ou omissões que no momento em que foram cometidos eram tidos por criminosos, segundo os princípios gerais do direito reconhecidos pela comunidade das nações”.

A Convenção Européia de Direitos Humanos, de 1950, trata no art. 7º, do Princípio da Legalidade, tendo o inciso primeiro o mesmo conteúdo do Pacto dos Direitos Civis e Políticos (1966), que lhe foi posterior:

“Art. 7º

1 [...]

2. O presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma ação ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, também chamada de Pacto de San Jose, não segue o espírito de Nuremberg, não tendo, a redação do art.9,²³ a flexibilidade nuremberguiana.

O Tratado de Roma, por seu turno, não acolheu as expressões, como: “princípios gerais do direito reconhecidos pela comunidade de nações”, do Pacto de 1966, nem a de “princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas”, da Convenção Européia de 1950 (expressão essa adotada no Estatuto da Corte Internacional de Justiça – art. 38. 1, “c”, com relação às fontes do Direito Internacional), optando pela forma do art. 22. 3:

“3. Nada do disposto no presente artigo afetará a tipificação de uma conduta como crime sob o direito internacional, independentemente deste Estatuto”.

A Constituição Brasileira de 1988, no art. 5º, XXXIX e XL, estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, e que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

²³ Pacto de São José, 1969 – art. 9º Princípio da legalidade e da retroatividade: Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

O art. 23 trata do princípio *nulla poena sine lege*. Este deve ser entendido à luz da forma como está redigido o Estatuto do TPI. Mesmo não utilizando a correlação delito/pena, como ocorre na maioria das legislações penais modernas, detalha, na Parte VII (artigos 77/80), o seu sistema de penas, devendo ser reconhecido o avanço em relação às leis internacionais penais anteriores.

VI – A RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL: ELEMENTOS OBJETIVOS (*ACTUS REUS*)

Quanto à responsabilidade penal individual, os conceitos fundamentais aparecem no art. 25, cujo inciso 1 começa reconhecendo que o Tribunal terá jurisdição sobre pessoas naturais, sendo o indivíduo que cometer um crime previsto no Estatuto, passível de condenação (inciso 2). Mas, será no inciso 3 e suas alíneas que aparecem as formas de autoria e outros modos de participação, de comissão ou tentativa de comissão. Combinados o art. 25 e o art. 28, tem-se um sistema de regras objetivas de autoria, que, segundo Kai Ambos, podem ser divididas em regras básicas de responsabilidade penal e regras de expansão da autoria, as quais podem ou não estar caracterizadas como formas específicas de participação²⁴.

Embora a França tenha proposto a responsabilidade das pessoas jurídicas, esta não foi aceita em razão do enfoque que se pretendia dar ao Tribunal, ou seja, voltado para a responsabilidade do indivíduo. Há de se considerar todas as dificuldades que adviriam de uma possível ampliação da responsabilidade, quer de natureza processual, quer mesmo sancionatórias.

Mas, o Tratado de Roma, embora excluindo a responsabilidade dos Estados perante o TPI, não fechou a possibilidade de que possam ser levados a outras esferas de jurisdição, pois o parágrafo 4, do art. 25 deixou expresso que nada do disposto no Estatuto a respeito da responsabilidade penal das pessoas naturais afetará a responsabilidade do Estado, conforme o direito internacional.

O inciso 3, “a”, do art. 25 do Estatuto faz diferenciação de três formas de autoria: direta ou imediata (individual); co-autoria (com outros) e autoria mediata (por meio de outras pessoas). A redação dada às alíneas tem sido muito

²⁴ Kai Ambos, p.32

criticada²⁵, mas é de se considerar as diferenças terminológicas existentes nos diversos sistemas penais nacionais. Grande foi o esforço para se chegar a tal redação, devendo o aplicador ou o doutrinador procurar superar algumas imprecisões, não fazendo sentido que se fique a debater se a co-autoria ficaria melhor se incluída no conceito de cumplicidade ou se, como está no Estatuto, apareça como forma autônoma de autoria.

Quanto a outras formas de participação, há distinção entre a pessoa que ordena, solicita ou induz à consumação ou à tentativa ou ainda, inclui qualquer outra forma de auxílio e encorajamento, admitindo, também, na tentativa, o arrendimento eficaz.

O Tribunal da Iugoslávia, no caso Tadic, apreciou o aspecto relativo à intensidade da contribuição (participação), que deveria ser direta e substancial à consumação do crime. A Câmara de Julgamento II seguiu a teoria inglesa dos “entornos do homicídio” (killing doctrine). A fixação do grau de participação para caracterizar a cumplicidade, como muitos outros aspectos, deixa a questão em aberto e certamente virá a ser construída pela jurisprudência dos próprios Tribunais.

O art. 28 do Tratado de Roma cuida de outro princípio importante e delicado, por suas implicações políticas, que é o relativo à responsabilidade dos comandantes e de outros superiores.

O artigo distingue, no parágrafo primeiro, a responsabilidade dos comandantes militares (quer seja militar ou mesmo um indivíduo não militar, mas que atue como comandante militar) da responsabilidade decorrente de outras funções de mando, descrita no parágrafo segundo.

²⁵ Art.25, 3. Em conformidade com o presente Estatuto, um indivíduo será penalmente responsável e passível de pena por um crime sob a jurisdição do Tribunal, se tal indivíduo: a) cometer esse crime individualmente, em conjunto com outrem ou por meio de outrem, seja este ou não penalmente responsável; b) ordenar, propor ou induzir a prática de tal crime, que de fato ocorra ou seja tentado; c) com o propósito de facilitar a prática de tal crime, ajude, encubra ou colabore de algum modo na prática ou na tentativa de praticar o crime, inclusive fornecendo os meios para a sua perpetração; d) contribuir de qualquer outro modo à perpetração ou tentativa de perpetração do crime por um grupo de pessoas que tenham uma finalidade comum. Tal contribuição deverá ser intencional e: i) ser prestada com a intenção de levar a cabo a atividade delitiva ou o propósito criminal do grupo; ii) ser prestada com o conhecimento da intenção do grupo; e) com relação ao crime de genocídio, instigar direta e publicamente outrem a praticá-lo; f) tentar perpetrar tal crime mediante atos que constituam um passo inicial importante para a sua execução, mesmo que o crime não seja consumado devido a circunstâncias alheias a sua intenção. No entanto, o indivíduo que abandonar o esforço de perpetrar o crime ou de outra forma impedir a consumação do mesmo não deverá ser passível de pena em conformidade com este Estatuto [..]

Há nesse artigo alguns pontos a considerar, pois muitas das expressões usadas poderão levar à imprecisão em futuras acusações, tais como: “não ter exercido apropriadamente o controle efetivo sobre as forças”; “deveria saber que as forças estavam cometendo ou pretendiam cometer tais crimes”; “não tenha adotado todas as medidas necessárias e razoáveis”; “não levou em consideração as informações que indicavam claramente”.

Mas, um aspecto que merece destaque está no art. 27 do Tratado, quando cuida da irrelevância da função oficial, prevendo a aplicação dos seus dispositivos por igual, sem distinção fundamentada em função oficial, quer seja Chefe de Estado ou de Governo, membros de um governo ou do parlamento, representante eleito ou funcionário de governo, não eximindo o indivíduo da responsabilidade penal, nem deverá, *per se*, constituir motivo para redução da pena.

E vai mais adiante, no parágrafo segundo, quando exclui as imunidades ou normas especiais de procedimento, vinculadas à função oficial de um indivíduo, de acordo com o direito interno ou internacional, que não obstarão o Tribunal de exercer a sua jurisdição.

Em que pese o avanço dado pelo parágrafo segundo, do art. 27, é preciso não esquecer e levar em conta as inúmeras convenções internacionais que tratam dos privilégios e imunidades de autoridades públicas, que foram antecedidas por normas costumeiras internacionais sobre a matéria, e que não foram revogadas expressamente.

Trata, ainda, a Parte III da exclusão de jurisdição sobre menores de 18 anos (art.26) e da imprescritibilidade dos crimes sob a jurisdição do Tribunal (art.29).

VII – A RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL:

ELEMENTOS SUBJETIVOS (*MENS REA*)

Quanto aos elementos subjetivos da responsabilidade criminal individual (*mens rea*) ou de intencionalidade, previstos no art.30 do Estatuto, que, embora inicie com a exceção “salvo disposição em contrário” (art.28 – responsabilidade de comando), prevê, ao lado dos elementos materiais, os crimes sejam cometidos com intenção e conhecimento. Um indivíduo será penalmente responsável e passível de pena por um crime sob a jurisdição do Tribunal unicamente se agir

com intenção e conhecimento dos elementos materiais do crime²⁶. Com sua habitual clareza e objetividade, Cláudio Brandão expõe que “o dolo é definido como consciência e vontade da realização dos elementos objetivos do tipo. Existem, portanto, dois elementos no dolo; o primeiro elemento é de ordem intelectual: a consciência; o segundo elemento é de ordem volitiva: a vontade”.²⁷ Os dois elementos estão presentes no art. 30 do Estatuto.

O art. 30 especifica o sentido de agir intencionalmente: a) com relação à conduta, tenciona nela incorrer; b) quanto a uma consequência, tenciona produzi-la ou tem consciência de que a mesma se produzirá no curso normal dos acontecimentos. E, continua (no parágrafo terceiro) definindo que por “conhecimento” se entende a consciência de que existe uma circunstância ou uma consequência que irá se produzir no curso normal dos acontecimentos. As palavras “conhecer” e “conhecendo” devem ser entendidas no mesmo sentido, diz expressamente o parágrafo.

Pela redação do art. 30 não há espaço para a forma culposa (negligência – “ausência de cuidados”, por exemplo), nem mesmo para o dolo eventual.²⁸

As circunstâncias que excluem a responsabilidade penal estão claramente subdivididas em graus genéricos de responsabilidade: art. 31, “a” (sofrer de doença mental ou deficiência mental que o priva de sua capacidade de entender a ilicitude ou a natureza de sua conduta ou de sua capacidade de controlar tal conduta a fim de não transgredir a lei; “b”) (encontrar-se em estado de intoxicação que o priva da sua capacidade de entender a ilicitude ou a natureza de sua

²⁶ Schabas, Willian, *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge p. 85 “Criminal law sets itself apart from other areas of law in that, as a general rule, it is concerned with intentional and knowing behaviour. An individual who causes accidental harm to another may be liable before some other body but will by and large not be held responsible before the criminal courts. Intent is often described using the Latin expression *mens rea* (‘guilty mind’), taken from the phrase *actus non facit reum nisi mens sit rea*.”

²⁷ Brandão, Claudio, *Teoria Jurídica do Crime*, Rio de Janeiro, Forense, 2002.p.67

²⁸ Per Saland – *International Criminal Law Principles* – Ch 7, in *The International Criminal Court* – Ed. By Roy Lee –op. cit. p 205.”Art.30, Mental element. This article was originally the subject of rather difficult discussions, because of conceptual differences between legal systems (*dolus eventualis* versus a probability requirement, recklessness versus gross negligence); but it proved quite easy to agree in the end. The final text is based on a Canadian draft”... The only real outstanding issue regarding the mental element during the Rome Conference was whether a definition of recklessness (or some similar concept) was needed. There was agreement that, in principle, all the crimes within the jurisdiction of the Court would require intent and knowledge unless specifically provided otherwise. After it was pointed out the word recklessness did not appear anywhere in the definitions of crimes, it was agreed that a definition of that concept was unnecessary”.

conduta, a menos que tenha se intoxicado voluntariamente); e graus de esculpação: art. 31, “c” (age em legítima defesa ou em defesa de terceiros) e “d” (pratica uma conduta como consequência de coação derivada de ameaça iminente de morte ou de lesão corporal grave contra si ou contra outrem); art.32: erro de fato ou erro de direito; e art. 33: ordens superiores e prescrições legais.

O art. 33 do Estatuto, tratando do cumprimento de ordens de superiores hierárquicos, causou debates entre posições diversas. De um lado os Estados Unidos, amparado em uma corrente de doutrina militar, procurando convencer de que a ordem superior tinha que ser acolhida como argumento de defesa substantivo no direito internacional. Do outro lado, o Reino Unido e a Alemanha argumentaram que ordens superiores *per se* não poderiam ser consideradas como argumento de defesa, mas um subordinado, num caso concreto, poderia invocar outros argumentos defensivos, como coação ou erro de fato ou de direito.

A solução aprovada no art. 33 é conciliatória; afirma, em princípio, que o cumprimento de ordens superiores, embora não seja argumento de defesa, pode ser invocado em casos excepcionais de crimes de guerra.

O citado art. 33 excetua a responsabilidade em casos de ordens superiores, quando o indivíduo: a) estivesse obrigado por lei a obedecer a ordens emitidas pelo governo ou pelo superior em questão; b) não soubesse que a ordem era ilícita; e, c) a ordem não fosse manifestamente ilícita.

O artigo está complementado com o parágrafo 2, que diz:

“2. Para fins do presente artigo, ordens de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade são manifestamente ilícitas”.

VIII – CONCLUSÃO

Vistos alguns dos princípios contemplados no Estatuto do TPI, pode-se concluir que há ainda muito a construir nessa matéria e que “tal trabalho deve começar de uma sólida base de direito penal comparado, mas não deve perder de vista que os crimes internacionais não seguem os mesmos padrões de atribuição dos de direito interno”²⁹. O Tratado de Roma, com todas as dificuldades decorrentes do grande número de participantes da Conferência, dos diferentes

²⁹ Kai Ambos, op. cit. p.61

sistemas jurídicos e das forças políticas atuantes, conseguiu um positivo saldo no sentido de erigir um sistema da justiça criminal internacional. Não está pronto e muito há por fazer. A jurisprudência do Tribunal, além de dar a sua interpretação aos artigos cuja redação não foi das mais precisas, também poderá integrar lacunas já identificadas. Prevista uma Conferência de Revisão dos Estados-partes para sete anos após a entrada em vigor do Estatuto (art.123), o que está próximo, será uma oportunidade para examinar os pontos controversos e aperfeiçoar o que foi conseguido até agora.

IX – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arana, Josycler (coord.) Direito Internacional, seus Tribunais e Meios de Solução de conflitos. Curitiba: Juruá, 2007.
- Bazelair, Jean-Paul, A Justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nurembergue a Haia, Barueri, São Paulo: Manole, 2004.
- Bazelaire, Jean-Paul, La justice pénale internationale, Paris:PUF, 2000.
- Bourdon, William. La Cour pénale internationale – Le status de Rome, Paris, Ed. Du Seuil,2000.
- Brandão Cláudio Teoria jurídica do crime, Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- Cantarelli, Margarida La coza juzgada (ne bis in idem) y la defensa del acusado en la Corte Penal Internaciona, Recife, Revista da ESMARFE, n. 1, 2006.
- _____, Da territorialidade à transnacionalidade – a desterritorialização da jurisdição penal (tese de doutorado defendida em março de 2001) no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.
- Echabas, William A. An Introduction to the International Criminal Court. Cambridge University Press,2001.
- Fauzi Hassn Choukr, Kai Ambos – org., Tribunal Penal Internacional, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- Laughland, Jonh. Le tribunal penal international – gardien du nouvel ordre mondial.Paris: François-Xavier de Guibert, 2003.
- M. Cherif Bassiouni, Bruce Broomhall, Pedro Pablo Camargo, La Corte Penal Internacional, 2ª Ed., Bogotá, Leyr Editorial, 2002.

Roy S. Lee (org.), The International Criminal Cour, The Hague, Kluwer Law International, 1999.

Verhagen, Jacques, Le Droit International Penal de Nuremberg – acquis et régressions, Bruxelles, Bruylant, 2003.

Welber Barral (org.) Tribunais Internacionais mecanismos contemporâneos de soluções de controvérsias- Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

CÓDIGOS

David, Eric Code de droit international penal, Bruxelles, Bruylant, 2004

Mazzuoli, Valério de Oliveira (org.) – atualizada até 02.01.2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.